

PAULO DE TARSO ROCHA DE ARAÚJO

SERVIÇOS PÚBLICOS:

A responsabilidade civil do Estado-fornecedor

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

BRASÍLIA

2011

RESUMO

Tem sido objeto de ampla discussão na doutrina e jurisprudência a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, levando-se em consideração os requisitos consagrados no diploma protetivo, bem como as várias modalidades de serviços públicos prestados pelo Estado e seus respectivos tipos de remuneração. Com efeito, a aferição do campo de incidência do diploma protetivo é obtida a partir da análise da relação de consumo e dos elementos que a compõe. Todavia, tal fórmula nem sempre é suficiente para constatação da aplicação do CDC, pois em determinadas situações é o tipo de atividade que atrai a incidência do diploma protetivo. Cabe anotar que não se demonstra satisfatória a utilização das classificações de serviços públicos para aferição da incidência do CDC, tendo em vista a sua equivocidade. É importante frisar que a utilização do critério do diálogo das fontes demonstra-se útil na busca da harmonização dos regramentos trazido pelo CDC e as demais fontes normativas. Efetivamente, a corrente doutrinária extensiva mitigada é a que apresenta argumentos mais sólidos e coerentes quanto à discussão do alcance da aplicação do CDC aos serviços públicos, pois é a que guarda maior proximidade com a noção da vulnerabilidade no mercado de consumo. Sendo superada tal discussão, demonstra-se importante a abordagem dos aspectos em que a aplicação do diploma protetivo apresenta-se mais favorável aos usuários dos serviços públicos em relação às normas de direito público, notadamente no que tange a análise da responsabilidade civil nas relações de consumo e responsabilidade civil do Estado, tornando relevante a discussão quanto ao alcance da aplicação do CDC aos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; direito administrativo; relação de consumo; vulnerabilidade; mercado de consumo; serviços públicos; diálogo das fontes; responsabilidade civil nas relação de consumo; responsabilidade civil do Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 CAMPO DE INCIDÊNCIA DO CDC: A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.....	7
1.1 Conceito de Consumidor.....	8
1.2 Conceito de Fornecedor, produtos e serviços.....	13
2 SERVIÇOS PÚBLICOS.....	19
2.1 Conceito.....	19
2.2 Princípios e requisitos.....	22
2.3 Classificação.....	25
3 A APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	31
3.1 Da necessidade do diálogo das fontes.....	32
3.2 Correntes existentes quanto à aplicação do CDC aos serviços públicos.....	36
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-FORNECEDOR..	44
4.1 Da responsabilidade civil.....	45
4.2 Da responsabilidade civil do Estado.....	53
4.3 Da responsabilidade civil nas relações de consumo.....	59
4.4 Relevância da discussão acerca da aplicação do CDC aos serviços públicos.....	66
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS	
BIBLIOGRÁFICAS.....	72

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto discutir a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, levando-se em consideração os requisitos consagrados no diploma protetivo, bem como as várias modalidades de serviços públicos prestados pelo Estado e seus respectivos tipos de remuneração. Outrossim, após superada tal discussão, se buscará identificar em que pontos a aplicação da lei consumerista aos serviços públicos traz inovações em relação à responsabilidade civil do Estado.

A discussão da temática acima referida demonstra-se relevante haja vista o CDC contemplar de forma genérica e abstrata a previsão de sua aplicação aos serviços públicos, o que pode ensejar interpretações precipitadas quanto ao seu campo de aplicação. Efetivamente, o diploma consumerista não faz distinção de quais serviços públicos estão sob a sua égide. Todavia, muito embora o legislador consumerista tenha almejado o maior alcance possível de suas respectivas normas, o CDC é regido por objetivos e princípios específicos, parecendo equivocada a idéia da aplicação total e irrestrita do aludido diploma a todos os tipos de serviços públicos.

Também demonstra-se importante a identificação das implicações decorrentes da aplicação do CDC aos serviços públicos em contraponto aos regramentos contemplados nas normas de direito público, notadamente à responsabilidade civil do Estado, caso contrário, restaria inócua toda a discussão inicialmente proposta.

A abordagem da problemática é iniciada com a explanação dos pontos mais relevantes da relação jurídica de consumo, haja vista tratar-se de enfoque doutrinário mais utilizado para análise do campo de aplicação do CDC. No tópico correspondente, é

dispensada especial atenção à conceituação dos sujeitos que compõe a referida relação, quais sejam, consumidor e fornecedor, bem como é feita a identificação do seu objeto, o qual consiste na comercialização de produtos e prestação de serviços.

Após esclarecidos os critérios para aferição do campo de incidência do CDC, prossegue-se com a busca da definição dos serviços públicos, abordando seu conceito, princípios e pressupostos que os regem, bem com a classificação das modalidades existentes, a fim de perquirir sobre quais se aplicariam os estatutos da lei consumerista.

No capítulo seguinte, é feita a abordagem da problemática propriamente dita, inicialmente destacando-se a necessidade do diálogo das fontes legais para melhor entendimento do campo de aplicação do CDC, com o fito resolver eventuais problemas de antinomia entre o diploma consumerista e as variadas leis e fontes normativas de direito privado com campos de aplicação convergentes, todavia não idênticos, demonstrando a importância da sua aplicação simultânea e coerente.

No tópico consecutivo do mesmo capítulo são apresentadas as correntes doutrinárias existentes que discutem a aplicação do CDC aos serviços públicos, sendo feita a análise dos argumentos por elas utilizados para aferição do alcance da norma consumerista a tais atividades. Em seguida, comparou-se os aspectos doutrinários e legais abordados nos capítulos anteriores aos argumentos apresentados pelas referidas correntes com a finalidade de verificar quais seriam mais coerentes e satisfatórios para resolução da problemática.

Restando superada a questão do alcance da aplicação do CDC aos serviços públicos, buscou-se, no último capítulo, identificar em que pontos a aplicação do diploma protetivo traz inovações em relação às normas de direito público,

especificamente quanto à responsabilidade civil do Estado, a fim de tornar relevante discussão da problemática exposta nos capítulos anteriores.

A problemática discutida neste trabalho acadêmico viabilizou-se pelo estudo da doutrina especializada do direito administrativo, do direito do consumidor, bem como do direito civil, notadamente a parte correlata à responsabilidade civil. De forma pontual, mencionou-se o entendimento jurisprudencial relativo ao tema abordado. Almejou-se, portanto, a interpretação coerente e sistemática dos dispositivos legais relativos à aplicação do CDC aos serviços públicos em face das teorias e princípios contemplados pela doutrina e jurisprudência.

Ao final da explanação desenvolvida nesta pesquisa foi possível identificar de forma coerente quais serviços públicos são contemplados pelos regramentos do CDC. Além disso, demonstrou-se relevante o debate acerca da questão, tendo em vista ser possível constatar que as normas consumeristas inovam de forma mais benéfica em relação às normas de direito público, notadamente no tange à responsabilidade civil do Estado.

1 CAMPO DE INCIDÊNCIA DO CDC: A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO.

A relação jurídica de consumo tem sido um dos enfoques doutrinários mais utilizados para a análise do campo de incidência do CDC¹. Embora a Lei 8078/90 não tenha trazido uma conceituação específica desta relação jurídica, são contemplados em sua redação os conceitos padronizados dos elementos que a compõe, quais sejam, seus sujeitos, objeto e elemento teleológico, os quais correspondem, respectivamente, aos conceitos de consumidor, fornecedor, produtos e serviços, e ao sentido da expressão destinatário final.² Tais conceitos são consagrados nos Artigos 2º e 3º.

O âmbito de aplicação do CDC é subjetivo, sendo alcançado a partir da definição do conceito de consumidor, bem como pela exclusão de determinadas relações de seu campo de incidência, como é o caso das relações trabalhistas, portanto, sendo também *ratione materiae*.³

Entretanto, pelo fato do diploma protetivo realizar equiparações de pessoas a consumidores em diversas situações (conforme depreende-se da leitura dos Artigos 17 e 29), ou ainda, porque em alguns dispositivos é dado maior importância para a atividade do mercado em si do que em relação ao sujeito que desenvolve a atividade na qualidade de destinatário final, a abordagem feita nos moldes trazidos no primeiro parágrafo pode não ser sempre o melhor caminho para aferição do campo de incidência do mencionado diploma.⁴

¹ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/1990, suplemento.

² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 45-46.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 67

⁴ BESSA, op. cit., p. 46.

Com efeito, todas as situações de incidência da lei consumerista são indicadas pela relação de consumo. Contudo, por tal relação não se tratar necessariamente de relação contratual, levando-se em consideração o que acima fora observado e, que no decorrer deste trabalho será tratado de forma mais aprofundada, a visualização da relação de consumo pode ocorrer após ser constatada a incidência do Código de Defesa do Consumidor, e não obrigatoriamente como caminho que conduz a tal conclusão.⁵

Não obstante, iniciaremos a abordagem do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor pela análise conceitual dos elementos constitutivos da relação de consumo, para uma melhor elucidação do tema proposto.

1.1 Conceito de Consumidor

O próprio diploma consumerista, fornece a conceituação de consumidor, e o faz em quatro passagens: 1) conceito *standard* ou inicial de consumidor. É dado pelo artigo 2º, *caput*, disciplinando que consumidor é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, na qualidade de destinatário final. É a conceituação básica de consumidor; 2) no parágrafo único do artigo 2º, consumidor é equiparado a coletividade de pessoas que intervém na relação de consumo, ainda que não sejam determináveis; 3) de acordo com o artigo 17, consumidor equipara-se a toda vítima do evento danoso, quando da responsabilização por acidente de consumo; e 4) dispõe o artigo 29, que consumidores equiparam-se a todas as pessoas determináveis ou não que fiquem expostas as práticas comerciais.

Fazendo a análise do conceito de consumidor *standart*, percebe-se que deve haver a existência do caráter subjetivo, qual seja, ser pessoa física ou jurídica, e a

⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 46.

caracterização do suporte fático, identificado pela presença de dados circunstanciais, que é a aquisição do produto ou utilização do serviço na qualidade de destinatário final.⁶

Outrossim, é possível concluir que a relação de consumo poderá resultar de um contrato, bem como poderá se dar apenas em razão de uma situação meramente de fato, visto que, segundo o mencionado dispositivo legal, é considerado consumidor tanto quem adquire, com quem utiliza produtos na qualidade de destinatário final.⁷

Quanto à expressão destinatário final, esta tem sido o maior ponto de divergência na doutrina, no tocante ao seu alcance e significação. Tal divergência ocorre haja vista o legislador brasileiro ter privilegiado uma definição mais objetiva do conceito de consumidor, pois este prevê com única característica restritiva expressamente prevista a aquisição ou utilização de produtos ou serviços como destinatário final, não sendo feita nenhuma restrição expressa do ponto de vista subjetivo, qual seja, definir se a destinação final bastará ser tão somente fática, ou seja, a retirada pura e simples do produto do mercado de consumo, ou deverá ser também econômica, que significa a sua retirada efetiva da cadeia produtiva.⁸

O debate acerca do alcance da significação da expressão destinatário final é feito pelas correntes maximalista e finalista.

A corrente finalista leva em conta a vulnerabilidade de quem adquire ou utiliza produtos ou serviços, entendendo que deva ser inserido no campo de aplicação do CDC quem realmente o necessita, isto é, quem atua como destinatário final fático e

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 54.

⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008. p. 81.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70-71.

econômico, pondo fim efetivo a cadeia de consumo. Esta restrição do campo de incidência do CDC, proposta por esta corrente, visa atender aos princípios básicos trazidos no artigo 4º do CDC, em especial ao disposto no inciso I, que traz como princípio o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.⁹

Por um outro lado, a corrente maximalista não leva em conta o aspecto da vulnerabilidade, entendendo que a expressão “destinatário final” deve ser interpretada da forma mais abrangente possível, bastando a caracterização da aquisição ou utilização de produtos e serviços na qualidade de destinatário final tão somente fático. Para essa corrente, o CDC é visto como um código geral sobre o consumo, instituindo normas e princípios para todos os agentes do mercado.¹⁰ Portanto, estariam sob a proteção do CDC qualquer pessoa física ou jurídica adquirente de produtos e serviços no mercado, ainda que servissem tão somente como insumo ou elemento da cadeia produtiva.¹¹

Segundo Cláudia Lima Marques, a jurisprudência do STJ tem se manifestado em consonância com a corrente finalista, no sentido de privilegiar a utilização da noção de vulnerabilidade do consumidor e o exame concreto das situações envolvendo pessoas jurídicas em situação de vulnerabilidade específica, características que ensejam a necessidade de proteção. Tal perspectiva é denominada pela referida jurista como finalismo aprofundado.¹²

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 70-71.

¹⁰ Ibidem, p.71-72.

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 54.

¹² BENJAMIN; BESSA; MARQUES, op. cit., p.72-73.

Como já observado anteriormente, além do conceito *standart* de consumidor, a lei protetiva contempla a figura do consumidor por equiparação, tendo tal figura referência no parágrafo único do artigo 2º, no artigo 17, e no artigo 29.

Leonardo Bessa observa que o conceito de consumidor por equiparação estampado no parágrafo único do artigo 2º difere dos conceitos constantes nos artigos 17 e 29, do mesmo diploma legal, tendo em vista não definir atividades que estão sujeitas ao conceito. Sustenta o referido doutrinador que tal dispositivo se ocupa apenas em reforçar a já consagrada perspectiva da tutela judicial e extrajudicial dos direitos coletivos dos consumidores.¹³

Por sua vez, estatui o artigo 17 do CDC que “ Para o efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. A seção a que se remete o referido artigo é a da responsabilidade pelo fato de produto ou serviços, ou responsabilidade por acidentes de consumo. Tal dispositivo consagra a proteção do terceiro que não é destinatário final de produtos ou serviços, o qual não possui nenhuma relação contratual com um fornecedor, mas que restou prejudicado pela presença de defeito nos produtos ou serviços, resultando na ocorrência do denominado acidente de consumo, disciplinado notadamente nos artigos 12 a 14 do diploma protetivo.¹⁴

Para essa conceituação de consumidor pouco importa a análise dos elementos da relação de consumo, posto que, considerando-se a amplitude que se tem dado ao reconhecimento do acidente de consumo, a constatação da incidência do diploma protetivo ocorre antes da visualização da relação de consumo.¹⁵

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 63.

¹⁴ *Ibidem*, p. 63.

¹⁵ *Ibidem*, p. 66.

No artigo 29 da Lei Consumerista, é abordada outra forma de conceituação de consumidor por equiparação. Dispõe o referido artigo que, “para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas.” Os capítulos aos quais se refere o artigo 29 são os das práticas comerciais e da proteção contratual. Portanto, são abrangidas as disposições do CDC referentes as fases pré-contratual, de execução, e pós-contratual, relativas ao contrato de consumo.¹⁶

Muito embora as discussões doutrinárias e jurisprudenciais concentram-se mais frequentemente no conceito *standart* de consumidor, em especial quanto ao sentido da expressão destinatário final, o maior número de disposições de direito material do CDC referem-se ao conceito de consumidor equiparado contemplado no artigo 29.¹⁷

Cabe observar que o alcance semântico da norma contida no artigo 29 da lei protetiva sugere que, em tese, qualquer contratante possa invocar a aplicação das normas dispostas nos capítulos acima mencionados. Contudo, a interpretação da referida norma deverá pautar-se na finalidade básica da norma, qual seja, a proteção do vulnerável.¹⁸

Cumprir destacar que, conforme é percebido na leitura do artigo 29, quando se faz referência às práticas comerciais, é conferida maior predominância à atividade em si do que ao sujeito da relação jurídica de consumo.¹⁹

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor:** fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 85.

¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor:** análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 73.

¹⁸ MIRAGEM, op. cit., p. 85.

¹⁹ BESSA, op. cit., p. 80.

Também é importante observar que em decorrência do que fora destacado no parágrafo anterior, não é pressuposto para o conceito de consumidor equiparado do artigo 29 a destinação final prevista no *caput* do artigo 2º, já explanada anteriormente, visto que tal exigência retiraria toda e qualquer eficácia e aplicação prática do dispositivo.²⁰

1.2 Conceito de fornecedor, produtos e serviços.

O conceito de consumidor possui caráter relacional, devendo concomitantemente estar presente do outro pólo da relação de consumo a figura do fornecedor.

O conceito de fornecedor é trazido pelo artigo 3º, *caput*, do CDC, que dispõe:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da leitura do dispositivo legal constata-se a amplitude do conceito de fornecedor, que foi ocasionada pelo intuito de que o maior número possível de relações possam estar adstritas ao campo de incidência do CDC.²¹

A definição de fornecedor trazida pela lei protetiva não resta exaurida pelo “*caput* do artigo 3º. É necessário que sua interpretação seja feita em conjunto com os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, os quais disciplinam quanto ao conceito de produto, como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, e serviço que “é

²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 76 e 80.

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

qualquer atividade fornecida no mercado de consumo(..), salvo as decorrentes de caráter trabalhista”, que consistem no objeto da relação de consumo.²²

O primeiro aspecto a ser enfrentado na conceituação de fornecedor é o requisito da profissionalidade.

Diferentemente de outras leis estrangeiras de proteção ao consumidor, o diploma consumerista brasileiro não exige de forma expressa que o fornecedor seja um profissional. No entanto, a legislação brasileira abre espaço para uma interpretação que vincula o conceito a uma certa habitualidade da conduta ao referir-se ao fornecedor como aquele que desenvolve atividades de produção, distribuição e comercialização, entre outras, bem como, no parágrafo 2º do artigo 3º, ao conceituar serviços, é mencionado como critério a remuneração. Portanto, quando na conceituação é conferida a atividade de fornecimento de produtos ou serviços certa habitualidade, a lei remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade.²³

A noção de profissionalidade está ligada a especialização em uma determinada atividade. Ao possuir conhecimento especial sobre dada atividade que exerce, o profissional usufrui de superioridade em relação a um consumidor que necessita adquirir ou utilizar produtos ou serviços para satisfação de suas necessidades. Resta, então, visualizada a vulnerabilidade técnica do consumidor ante o fornecedor, característica que legitima a incidência do CDC.²⁴

Outrossim, a profissionalidade do fornecedor, também revela o carácter econômico da atividade por ele exercida, posto que o objetivo que é buscado é o

²² MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 93.

²³ Ibidem, p. 93.

²⁴ Ibidem, p. 93.

recebimento de contraprestação pecuniária ou remuneração. Cabe observar, no entanto, que tal atuação não deverá necessariamente ter fins lucrativos, bastando que esteja presente o critério objetivo da contraprestação da remuneração em razão de atividade realizada no mercado de consumo.²⁵

Outra questão a ser analisada diz respeito a remuneração percebida pelo fornecedor ao fornecer produtos e serviços.

Segundo já fora anteriormente mencionado, os serviços que merecem aplicação da lei protetiva são aqueles prestados mediante remuneração no âmbito do mercado de consumo. Contudo, na conceituação de produtos o legislador não indicou expressamente a remuneração pelo seu fornecimento como critério caracterizador de incidência do CDC. Portanto, conclui-se que os produtos podem ser gratuitos e estar sob o manto de proteção da legislação consumerista.²⁶

Cabe observar que, para o melhor entendimento da remuneração, que é prevista como elemento caracterizador dos serviços, deve ser levado em consideração o contexto comercial do dias atuais, no qual a gratuidade pode ser confundida com a não remuneração.²⁷

Com efeito, a expressão remuneração foi sabiamente utilizada pelo legislador na redação do § 2º, do artigo 3º do CDC, pois possui maior amplitude que a clássica classificação dos negócios em onerosos e gratuitos. Tal expressão permite a inclusão dos serviços que, embora sejam aparentemente gratuitos ao consumidor que individualmente os utiliza, recebem de outra forma remuneração indireta pela

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 82.

²⁷ Ibidem, p. 83.

coletividade de consumidores, ou ainda daquele mesmo consumidor em outro serviço vinculado ao gratuito.²⁸

Portanto, para caracterização da tutela protetiva do CDC, a remuneração prevista no conceito de serviços pode ser direta, sendo esta a contraprestação de um contrato de consumo, ou indireta, quando for resultante de vantagens econômicas percebidas pelo fornecedor independentemente da presença de contrato de consumo.²⁹

Sobre o conceito de fornecedor é importante salientar que, conforme teoria criada por Leonardo Bessa, a exemplo do conceito de consumidor, o qual o diploma protetivo ao definir hipóteses de equiparação confere preponderância a atividade, além da conceituação e critérios trazidos pelo CDC para identificação do fornecedor constantes do artigo 3º e parágrafos, é contemplada no CDC a figura do fornecedor equiparado, muito embora isto não seja feito de forma explícita.³⁰

Em algumas situações previstas na lei consumerista não é necessária a análise do requisitos contemplados no artigo 3º para restar ocorrida a relação de consumo. São indicadas e detalhadas em outras passagens atividades que, sendo praticadas, merecem a tutela do CDC. A título exemplificativo, se enquadram na hipótese acima observada: 1) as atividades exercidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, contempladas no artigo 43; 2) as atividades publicitárias, disciplinadas nos artigos 36 a 38; 3) a cobrança de dívidas de consumo regulada nos artigos 6º, VI, 42 e 71.³¹

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 100.

³⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 83-84.

³¹ *Ibidem*, p. 86-87.

Então, sob o prisma acima explanado, também enquadra-se como fornecedor quem exerce atividade específica prevista no CDC, e não somente quem genericamente atua profissionalmente no mercado de consumo. É possível concluir, portanto, que é visualizada relação de consumo entre as pessoas envolvidas na atividade. Entretanto, tal visualização ocorre após a constatação de incidência do CDC, e não como ponto de partida para isto, o que corrobora a tese de que a noção conceitual de relação de consumo não é o melhor método para se definir o campo de incidência do CDC.³²

Na análise do conceito de fornecedor, também é de grande relevância a compreensão da expressão mercado de consumo, contemplada na definição de serviços, nos termos do §2º, do artigo 3º do CDC. Este elemento conceitual também é previsto no parágrafo 3º, do artigo 12 do mesmo diploma que, ao regular a responsabilidade pelo fato do produto, indica como clausa excludente desta a prova de que o produto não tenha sido colocado no mercado.³³

Para Bruno Miragem,

“mercado de consumo é o espaço ideal e não institucional, onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando por um lado, a obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores), e por outro a satisfação de necessidades pela aquisição ou utilização destes produtos ou serviços (por parte dos consumidores).”

Segundo o referido doutrinador, o mercado de consumo é dotado de caráter dinâmico e auto-suficiente, decorrente das necessidades espontâneas do ser humano, o que impede a sua criação ou supressão pelo direito. É necessário, contudo, que o

³² BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 87.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

ordenamento jurídico proceda a sua regulação, o que é feito pelo CDC, sob o prisma de proteção da parte mais vulnerável, qual seja, o consumidor.³⁴

A noção de mercado de consumo consiste na sucessão de etapas, no âmbito da sociedade industrial, referentes aos bens, desde sua produção até sua efetiva utilização final. Abrange o ambiente e as atividades correlatas ao processo econômico, profissional e remunerado, de produção e circulação de produtos e de prestação de serviços.³⁵

Portanto, a constatação que determinado produto ou serviço não seja considerado como oferecido no mercado de consumo afastará a incidência da Lei Protetiva.³⁶ Tal aspecto é de suma importância para a compreensão do problema proposto no presente trabalho, qual seja, a análise da aplicação do CDC aos serviços públicos.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 94.

³⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 98.

³⁶ MIRAGEM, op.cit., p. 95.

2 SERVIÇOS PÚBLICOS

Como já foi mencionado anteriormente, a questão dos Serviços Públicos é tratada no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 3º, *caput*, 4º, inciso VII, 6º, incisos X, e 22.

Conforme explanação desenvolvida no capítulo anterior, pode-se afirmar que os serviços, para serem vislumbrados como objeto da relação de consumo, devem possuir algumas características previstas no diploma protetivo, devendo estar inseridos em um ambiente específico, qual seja, o mercado de consumo, bem como, quando da sua prestação, deve ser constatada a presença da vulnerabilidade do consumidor, ou deve tratar-se de determinada atividade prevista na lei a qual merece a aplicação do diploma protetivo.

Os serviços públicos, apesar de serem expressamente mencionados no CDC, abrangem uma gama de atividades exercidas direta e indiretamente pelo Estado, conforme depreende-se da leitura dos artigos 175, 21, 25, § 2º, 30, inciso V, todos da Constituição Federal³⁷.

Portanto, é necessária a análise do conceito, princípios e classificações dos serviços públicos, a fim de que possam ser identificados quais se enquadram nos requisitos e características trazidos pelo CDC, podendo estar adstritos ao campo de incidência do diploma protetivo.

2.1 Conceito

A doutrina do Direito Administrativo é unânime ao afirmar que trata-se de difícil tarefa a conceituação de Serviço Público.

³⁷ BRASIL. Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que a noção de serviço público alterou-se substancialmente no decorrer do tempo, com relação a sua abrangência e elementos constitutivos. A jurista explica que além desta alteração, existem duas formas de abordagem do conceito pela doutrina. Alguns autores se utilizam de conceito amplo, enquanto outros adotam conceito mais restrito.³⁸

A renomada doutrinadora leciona que as primeiras noções de serviço público foram idealizadas por autores franceses, notadamente Leon Duguit e Roger Bonat, que adotavam um conceito amplo, pois consideravam que o serviço público, entendido como atividade ou organização, compreendia todas as funções do Estado. Conforme análise da jurista brasileira, para estes doutrinadores “ o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes”, bem como “(...)em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público.”³⁹

Na doutrina brasileira, são indicados pela autora alguns exemplos de doutrinadores que também adotam conceitos amplos de serviço público, quais sejam, Mário Masagão e José Cretella Júnior. Para estes não se exclui da noção de serviço público as atividades legislativas e jurisdicionais. Também é indicado como autor que adota conceito amplo Hely Lopes Meirelles, que embora ao conceituar serviço público faça referência à Administração e não ao Estado, excluindo da noção as atividades legislativa e jurisdicional, não faz distinção entre poder de polícia e serviço público.⁴⁰

Quanto aos conceitos restritos, Di Pietro aponta como os que restringem a noção de serviço público às atividades exercidas pela Administração Pública propriamente dita, não sendo incluídas nessas atividades as funções legislativas ou jurisdicionais.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86.

³⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 86-87.

Outrossim, nos conceitos restritos, o significado de Administração Pública, não abarca o poder de polícia do Estado. São indicados como autores que adotam este tipo de conceituação Caio Tácito e Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴¹

Seja conceituando serviço público de um ponto de vista amplo ou restrito, a doutrina geralmente tem se utilizado de três elementos para sua definição: 1) subjetivo ou orgânico, que leva em consideração a pessoa jurídica prestadora do serviço, sendo, portanto, considerados serviços públicos aqueles prestados pelo Estado; 2) material, que se refere a atividade desenvolvida, que seria a que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas; e 3) formal, o qual estabelece que para determinada atividade seja caracterizada como serviço público, deverá ser exercida sob regime jurídico de direito público.⁴²

Conforme já mencionado no início deste Capítulo, no decorrer do tempo, a noção de serviço público sofreu alterações substanciais, tendo os elementos de definição, referenciados no parágrafo anterior, sido concebidos no seio do Estado liberal. Com o afastamento do Estado dos princípios do liberalismo, ocorreu a ampliação das atividades propriamente estatais, sendo abarcadas no conceito de serviço público atividades tipicamente industriais e comerciais, as quais anteriormente cabiam somente a iniciativa privada. Não dispondo o Estado de estrutura adequada para o exercício destas atividades, vislumbrou-se que seria salutar a delegação de sua execução a particulares, que, pela natureza da atividade, atuariam sob regime jurídico predominantemente privado.⁴³

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87-88.

⁴² *Ibidem*, p. 88.

⁴³ *Ibidem*, p. 88-89.

Constatou-se, pois, que dois elementos de definição foram mitigados, notadamente os elementos subjetivo e formal. Este, tendo em vista que a prestação de serviços públicos poderia se dar sob regime jurídico que não fosse exclusivamente público, caracterizando-se em determinadas situações como essencialmente privado ou híbrido, e aquele devido ao fato de que Estado poderia delegar a execução de alguns serviços públicos aos particulares. Tal constatação levou a doutrina a falar na crise da noção do serviço público.⁴⁴

Ademais, cabe observar que é a lei que indica quais atividades que pela sua relevância à coletividade podem ser consideradas como serviços públicos, conforme depreende-se da leitura dos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §2º, da Constituição Federal, não havendo portanto a possibilidade de distinção dos serviços públicos dos demais a partir de critérios objetivos.⁴⁵

Após serem tecidas todas as observações acima expostas, conforme conceituação elaborada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se como serviço público “toda a atividade material que a lei atribui Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”⁴⁶

2.2 Princípios e requisitos

São indicados pela doutrina do direito administrativo como princípios específicos que regem os serviços públicos: os princípios da igualdade, continuidade e

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 89-92.

⁴⁵ Ibidem, p. 90.

⁴⁶ Ibidem, p. 90.

mutabilidade do regime jurídico. Adotam essa enumeração Diógenes Gasparini⁴⁷ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁸.

O princípio da igualdade, por alguns autores também denominado de princípio da impessoalidade ou generalidade, garante que os serviços públicos deverão ser prestados àqueles usuários que satisfaçam as condições legais para a sua fruição, não devendo haver entre estes qualquer forma de discriminação ou distinção de caráter pessoal.⁴⁹

Outro princípio inerente ao regime dos serviços públicos é o da continuidade. Este princípio, com relevância maior nos denominados serviços essenciais, indica que a prestação dos serviços públicos deverá ser contínua, não devendo sofrer interrupção, visto que a sua paralisação poderá ocasionar colapso nas variadas atividades da coletividade.⁵⁰ Tal princípio é contemplado no Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe em seu artigo 22 que os órgãos públicos, de forma direta ou indireta, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, notadamente quanto aos serviços essenciais, contínuos.

Cabe ressaltar que, a depender da natureza específica de determinado serviço ou a sua forma de prestação, o princípio da continuidade pode não significar que a atividade deverá ser ininterrupta. Nesses casos, exige-se tão somente que a prestação do serviço seja regular. Um exemplo a ser dado é o da coleta de lixo, que se trata de serviço que

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287-288.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 95-96.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 296.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 296-299.

pode ser executado pelo Estado a intervalos certos, por exemplo, um vez por dia, de dois em dois ou três em três dias, a depender do contexto de determinada localidade.⁵¹

Quanto ao princípio da mutabilidade do regime jurídico, é este que autoriza que ocorra mudanças quanto ao regime de prestação do serviço público, com o escopo de moldá-lo ao atendimento do interesse público, que varia no decorrer do tempo. Desta forma, não há para os servidores, os usuários ou contratados para execução de serviços públicos, direito adquirido quanto à manutenção de determinado regime jurídico de prestação dos serviços públicos.⁵²

Além dos princípios acima referenciados, são indicados pela redação da Lei 8987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, requisitos de adequação da prestação de serviços públicos delegados. O artigo 6º, § 1º, do referido diploma legal, disciplina que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A não observância dos referidos requisitos autorizará a Administração Pública competente a exigir o seu total cumprimento por parte do concessionário ou permissionário de serviço público, com a observação do devido processo legal, podendo resultar na aplicação das penas cabíveis e na intervenção na prestação dos serviços.”⁵³

⁵¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16-17.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

⁵³ GASPARINI, op. cit., p. 288.

2.3 Classificação

A exemplo da conceituação, a classificação dos serviços públicos não é pacífica na doutrina. Isto se dá pelo fato dos autores utilizarem critérios diversos de classificação.

Hely Lopes Meirelles classifica os serviços públicos considerando os critérios da essencialidade, adequação, finalidade e os destinatários do serviço.

Quanto a essencialidade, o festejado doutrinador classifica como serviços públicos propriamente ditos aqueles que são essenciais e necessários para a existência da coletividade e do próprio Estado, sendo considerados privativos do Poder Público, ao passo que só podem ser prestados diretamente pelo Estado, sendo exemplo, os serviços de defesa nacional e segurança pública, e classificando como serviços de utilidade pública, os que possuem significativa conveniência à coletividade, mas que não são essenciais nem necessários, podendo ser prestados de forma direta ou indireta pelo Estado, cabendo delegação a terceiros, atendidas condições de regulamentação e controle estatais, sendo exemplo os serviços de transporte coletivo, telefone e fornecimento de gás, entre outros.⁵⁴

Com relação a sua adequação, entende o renomado administrativista serem próprios do Estado os serviços públicos relacionados de forma íntima com a noção de Poder Público, sendo utilizada a supremacia do Estado quando de sua execução, não podendo ser objeto de delegação, bem como são geralmente gratuitos ou de baixa remuneração, ante a sua essencialidade, e classifica como impróprios, como os que não afetam substancialmente as necessidades coletivas, mas que atingem interesses comuns

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesterio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 334-337.

dos membros da sociedade, sendo prestados remuneradamente pela Administração ou seus delegados, sendo geralmente lucrativos, devendo, todavia, estar sempre sob o manto da regulamentação e controle do Estado.⁵⁵

Quanto a finalidade, o doutrinador classifica os serviços públicos em administrativos quando são executados pela Administração para atender necessidades internas ou na preparação de outros serviços ao público em geral, sendo o caso da imprensa oficial e estações experimentais, e classificam-se como industriais aqueles serviços que da sua prestação é ocasionado o aferimento de lucro, através da remuneração, denominada taxa ou tarifa, de utilidade usada ou consumida, sendo tais serviços passíveis de delegação a particulares, e, por se tratarem de serviços públicos impróprios, consubstanciando-se em atividade econômica, somente podem ser explorados diretamente pelo Estado se atendidos os requisitos trazidos pelo artigo 173 da Constituição Federal, quais sejam, quando presente relevante interesse coletivo ou sendo necessário aos imperativos de segurança nacional.⁵⁶

Quanto aos destinatários dos serviços, sendo esta uma das classificações mais utilizadas pela doutrina, classifica como *uti universi* os serviços que atendem a comunidade como um todo, não sendo possível a sua mensuração individual, devendo ser em decorrência de tal característica remunerados por impostos, e *uti singuli*, os serviços com mensuração individual e determinada para cada usuário, sendo a sua utilização facultativa, devendo ser remunerados, conforme o caso, por taxa ou tarifa, também denominada preço público.

⁵⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 334-337.

⁵⁶Ibidem, p. 334-337.

Por sua vez, Diógenes Gasparini, ao classificar serviços públicos se utiliza dos seguintes critérios: 1) a entidade a quem foram atribuídos, podendo haver serviços públicos federais, estaduais, distritais e municipais; 2) a essencialidade, sendo os serviços públicos classificados em essenciais e não essenciais, a depender de disposição legal e da própria natureza do serviço; 3) os usuários que são atendidos pelo serviço públicos, podendo ser gerais, se atenderem a toda coletividade administrada, sendo também denominados de serviços indivisíveis, e sendo classificados como específicos aqueles fruídos de forma individual, visto que atendem a indivíduos determinados, também chamados de divisíveis, em contraponto aos serviços gerais. Pode-se notar que esta classificação corresponde a de serviços *uti universi* de Hely Lopes Meirelles; 4) a obrigatoriedade de utilização, dividindo-se em compulsório, os quais são obrigatórios aos administrados, conforme condições estabelecidas por lei, sendo remunerados por taxa, e facultativos, quando são postos a disposição da sociedade, sem imposição de sua utilização, sendo remunerados por tarifa ou preço público; e 5) a forma de execução, podem ser de execução direta da Administração Pública, através de seus órgãos e agentes, e indireta, quando prestados por terceiros através do regime de permissão e concessão.⁵⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao falar sobre a classificação de serviços públicos, tece algumas observações quanto a alguns critérios utilizados pela doutrina, aos quais daremos maior atenção, em especial a classificação de serviços públicos em próprios e impróprios, e a classificação quanto ao objeto ou finalidade, que divide os serviços públicos em administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Outrossim, menciona a classificação de serviços públicos quanto à maneira como concorrem para satisfação do

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.285-287.

interesse público, ou seja, serviços *uti singuli* e *uti universi*, quanto a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço, bem como estabelece a distinção entre os serviços públicos originários ou congênitos e os derivados ou adquiridos, a qual reside na essencialidade dos dois grupos, sendo estes, respectivamente, a atividade essencial e a atividade facultativa do Estado, consistindo no último caso nas atividades de cunho social, comercial e industrial.⁵⁸

Sobre a classificação de serviços próprios e impróprios, com sentido diverso da classificação adotada por Hely Lopes Meirelles, e precedente a esta, explica que, conforme elaboração feita por Arnaldo de Valles, a qual foi divulgada por Rafael Bielsa, serviços públicos próprios são aqueles assumidos pelo Estado, sendo por ele executados diretamente ou indiretamente, visto que atendem necessidades coletivas de interesse relevante à sociedade. Quanto aos serviços impróprios, embora atendam a necessidades coletivas, não são prestados pelo Estado, nem indiretamente, ao passo que são consideradas atividades privadas, este somente autoriza a sua prestação, procedendo a sua regulamentação e fiscalização. Observa a eminente doutrinadora que esta categoria, no sentido jurídico, não pode ser considerada como serviço público, haja vista não ser atribuído pela lei como incumbência do Estado, mas à iniciativa privada, e, por sua relevância a coletividade, a submeteu a fiscalização e controle do Estado. Portanto, tal classificação carece de relevância jurídica.⁵⁹

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96-100.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 96.

Com relação à classificação quanto ao objeto, conforme já nos referimos anteriormente, a referida jurista menciona a classificação dos serviços públicos em administrativos, comerciais ou industriais e sociais.⁶⁰

No que se refere aos serviços públicos administrativos, explica que a classificação trazida por Hely Lopes Meirelles padece de equivocidade, “porque também costuma ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas,(...) e ainda para indicar os serviços que não são usufruídos diretamente pela comunidade, ou seja, no mesmo sentido de serviço público *uti universi*(...).”⁶¹

Quanto aos serviços públicos classificados como comerciais ou industriais, tratam-se dos executados pelo Estado diretamente ou indiretamente, conforme redação do artigo 175 da Carta Magna, que tem por finalidade o atendimento das necessidades coletivas de ordem econômica e são por lei definidos como serviços públicos. Cabe observar, todavia, que estes serviços, não se tratam de atividade econômica, nos moldes referidos no artigo 173, a qual somente poderá ser explorada pelo Estado por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.⁶²

Caracterizam-se como serviços públicos sociais os serviços de saúde, educação, previdência, cultura e meio ambiente, através dos quais o Estado atua de forma essencial no atendimento das necessidades coletivas, entretanto, de forma paralela com a iniciativa privada.⁶³

Fazendo-se a análise das abordagens acima expostas acerca da classificações de serviços públicos, não parece ser possível a constatação de qual seja a mais coerente e

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 97-98.

⁶¹ Ibidem, p. 98-99

⁶² Ibidem, p. 98.

⁶³ Ibidem, p. 98.

adequada, visto que são utilizados critérios variados, resultando em nomenclaturas diversas, que por vezes tratam do mesmo aspecto a ser analisado. Portanto, não seria salutar a utilização das referidas classificações para aferição de incidência do CDC.

3 A APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

A questão dos Serviços Públicos é tratada no Código de Defesa do Consumidor nos artigos 3º, *caput*, 4º, inciso VII, 6º, inciso X, e 22.

O artigo 3º disciplina acerca da conceituação legal da figura do fornecedor, sujeito integrante da relação de consumo. Dispõe o referido artigo que também podem ser fornecedoras as pessoas jurídicas de direito público. No caso das pessoas jurídicas de direito público, a sua atuação como fornecedoras se dá na sua própria condição de Poder Público, através de suas empresas públicas, ou ainda, pelas concessionárias de serviços públicos, devendo a prestação dos serviços públicos ser procedida de forma adequada, eficaz, segura, e, tratando-se de serviços essenciais, deverá ser contínua, conforme depreende-se da leitura do inciso X do artigo 6º e do artigo 22 do diploma consumerista.⁶⁴

Ademais, é um dos princípios a ser observado pelo Estado, quando da implementação da Política Nacional das Relações de Consumo, a melhoria e racionalização dos serviços públicos, nos termos do artigo 4º, inciso VII. Cabe observar que tal dispositivo é um desdobramento do artigo 175 da Constituição Federal, que traz a norma base do assunto. Fazendo-se a leitura conjunta dos referidos dispositivos, nota-se que a Carta Magna, quando estipula caber ao Poder Público, na forma da lei, direta ou indiretamente, a prestação dos serviços públicos, estabelece que dentre as diretrizes a serem observadas na prestação de tais serviços esteja presente a defesa do consumidor.⁶⁵

⁶⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 43.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 97.

Portanto, diante de um primeira análise, não há como negar que o legislador tenha inserido os serviços públicos no campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, segundo Leonardo Bessa, no estudo do tema em apreço, a doutrina depara-se com a problemática do “enquadramento das pessoas jurídicas de direito público como fornecedoras de serviços levando-se em conta os requisitos colocados pelo CDC para a qualificação como fornecedor e as diferentes modalidades de serviços públicos e as diversas formas de remuneração.” O referido doutrinador observa que antes de ser respondida tal problemática, é importante destacar que a incidência da Lei Consumerista sobre determinado serviço público não exclui que simultaneamente sejam aplicadas outras leis, bem como não faz com que reste preterida a análise sob o enfoque constitucional.⁶⁶

3.1 Da necessidade do diálogo das fontes

Pelo fato de o CDC tratar-se de lei com amplo campo de aplicação especial, sob um prisma subjetivo, e aplicação geral, sob uma perspectiva material, quando da aplicação do referido diploma o intérprete da lei poderá se deparar com a ocorrência de conflitos aparentes de leis, bem como dúvidas acerca da colisão ou a derrogação de leis. Tradicionalmente, o caminho para a resolução de antinomia de leis seria a prevalência de um diploma legal sobre o outro, resultando na sua exclusão do ordenamento jurídico, através dos institutos da ab-rogação, derrogação e revogação. Todavia, atualmente a doutrina tem se orientado no sentido de buscar a harmonia e

⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 100.

coordenação das leis, entendendo não mais ser a melhor solução a mera exclusão de leis conflitantes do ordenamento jurídico⁶⁷

Com efeito, a dinâmica da sociedade contemporânea, inserida no contexto do Estado democrático de Direito, tem conduzido a inflação de leis especiais nas mais variadas áreas. Em face desta maior complexidade do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, tendo em vista sua superioridade hierárquica, deve ficar encarregada de conferir coerência a esta multiplicidade de fontes normativas.⁶⁸

No caso específico do CDC, a Carta Magna estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXII, que caberá ao Estado promover a defesa do consumidor, na forma da lei. Outrossim, estatui no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional deverá elaborar o Código de Defesa do Consumidor, dentro de 120 (cento e vinte dias) da promulgação da Constituição. Contudo, o advento do Código Consumerista não esgotou a questão da proteção do consumidor, o que também pode ser tratado por leis esparsas, por força do comando constitucional.⁶⁹

Com o escopo de harmonizar a interpretação das normas consumeristas, Cláudia Lima Marques, fazendo referência a Erik Jayme, propõe que, para que haja aplicação simultânea e coerente das variadas normas sobre o assunto, deverá ser realizado o diálogo das respectivas fontes legislativas.⁷⁰

Segundo a eminente jurista, a expressão diálogo das fontes, a qual foi idealizada pelo doutrinador acima mencionado, consiste na aplicação simultânea e coerente de

⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 89-90.

⁶⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 89.

⁶⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

⁷⁰ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, op. cit., p. 89.

várias leis ou fontes normativas de direito privado, com campo de aplicação convergentes, porém não idênticos, sob o prisma da Carta Magna, que conduzirá tal aplicação com os valores guias nela contidos. Cláudia Lima Marques observa ainda que é a denominada coerência derivada ou restaurada que busca a funcionalidade do sistema plural e complexo do direito contemporâneo, além da eficiência hierárquica, com o intuito de superar eventuais atinômias, incompatibilidades ou não coerências entre os diplomas legais.⁷¹

O Superior Tribunal de Justiça tem se utilizado deste critério, o que pode ser observado no caso das ações indenizatórias decorrentes de atrasos de voos ou do descumprimento da programação de pacotes turísticos. A referida Corte Superior têm entendido que, na hipótese acima mencionada, não deve ser aplicado o artigo 26, inciso I, do CDC, o qual estipula que o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação no fornecimento de serviços e produtos não duráveis deve ser exercido no prazo de 30 (trinta) dias. Conforme o entendimento jurisprudencial, tendo em vista o Código Consumerista ter trazido inovações à ordem pública, especialmente para proteção da parte mais vulnerável da relação de consumo, carece de razoabilidade ter este diploma legal reduzido os prazos prescricionais e decadenciais contemplados no Código Civil, em prejuízo do consumidor.⁷²

Entende-se ser oportuna a transcrição de trecho do voto proferido em julgamento no STJ pela então relatora Min. Nancy Andrighi:

Inaplicável, destarte, o art. 26, I, do CDC, devendo-se ressaltar, por outro lado, que a aparente exigüidade do referido prazo reforça o entendimento de não se tratar, no caso, de vício de serviço. Tal prazo, em verdade, representa uma conquista do consumidor, uma vez que o

⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 89.

⁷² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

CDC ampliou a garantia deste ao abranger não somente os vícios ocultos – correspondentes aos vícios redibitórios do CC – mas também os vícios aparentes ou de fácil constatação. Evidencia-se, dessa forma, um avanço na proteção ao consumidor, o qual, no CC, estava sujeito não somente a um prazo prescricional exíguo, mas também à exigência da presença de todos os elementos configuradores do vício redibitório e à possibilidade de renúncia contratual de socorrer-se à ação redibitória. Considere-se que o CDC trouxe inovações à ordem jurídica imbuído da necessidade de proteger, na sociedade de consumo contemporânea, os direitos e os interesses dos consumidores, e, desse modo, não seria razoável entender-se que esse mesmo Diploma Legal tenha diminuído, em prejuízo ao consumidor, os prazos decadenciais e prescricionais previstos no Código Civil.⁷³

A necessidade do diálogo das fontes também já fora abordada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, na qual foi decidido pela constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as atividades bancárias, conforme depreende-se da leitura dos trechos a seguir transcritos, extraídos do voto do Min. Joaquim Barbosa⁷⁴:

Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma quanto de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis. (...) Não há, “a priori” por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, influências recíprocas, em aplicação conjunta das duas norma ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja completamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.⁷⁵

Estando esclarecida a questão do diálogo das fontes para uma melhor interpretação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, pode-se então retomar a discussão acerca da problemática do enquadramento do Estado como

⁷³ STJ, Terceira Turma, REsp 278.893 DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 13/08/2002, DJ de 04/11/2002.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 90.

⁷⁵ STF, ADI 2.591, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 07/06/2006, DJ 16/06/2006.

fornecedor de serviços considerando os requisitos trazidos pela lei protetiva ante as diversas modalidades de serviços públicos e as várias formas de remuneração.

3.2 Correntes existentes quanto à aplicação do CDC aos serviços públicos.

Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao discorrer sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, identificou quatro categorias de posicionamento sobre o tema, quais sejam, a dos que fogem da análise dos principais problemas tocantes ao referido tema, a corrente que propõe uma interpretação extensiva, a corrente que adota uma interpretação extensiva mitigada, e a posição que defende uma interpretação restritiva.⁷⁶

A primeira categoria não se ocupa em tentar responder quais são os serviços públicos que estão sob a égide protetiva do CDC, bem como qual seria a medida desta proteção. Para o referido doutrinador, tal categoria de posicionamento traz apenas a definição de serviço público e seus princípios, e se tal espécie de serviço estaria adstrito ao campo de incidência do CDC, tão somente ao que se refere o artigo 22, ou relação aos demais dispositivos do referido diploma legal.⁷⁷

Outra categoria de posicionamento é a corrente que defende a interpretação extensiva do artigo 22 do CDC, a qual entende que tal dispositivo legal deve ser aplicado indistintamente a todos os serviços públicos.

Rizzato Nunes adota uma posição extensiva. Para este autor, a par do que estatui o artigo 3º, § 2º, do CPC, o qual dispõe que serviço é toda atividade prestada no mercado de consumo mediante remuneração, todas as espécies de serviços públicos sempre são remuneradas, podendo tal remuneração ser direta ou indireta. Todavia, faz a ressalva de

⁷⁶MACEDO JÚNIOR, Ricardo Porto. A proteção dos usuários do serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 37, São Paulo: RT, 2001, p. 77-91, jan./mar. 2007, p. 78.

⁷⁷Ibidem, p. 78.

que quando se tratar dos serviços públicos remunerados através de tributos, outras leis deverão ser consideradas naquilo que foram compatíveis com o código protetivo.⁷⁸

Além do posicionamento extensivo propriamente dito, existe a denominada corrente extensiva mitigada. Tal corrente, nos termos do que dispõe o artigo 3º, §2º, do CDC, entende que, para que um determinado serviço público seja abrangido pelo campo de incidência da lei protetiva, sua prestação deverá ocorrer no mercado de consumo, bem como deverá ser remunerada. Outrossim, para essa corrente, é necessário que o serviço público prestado seja específico e divisível, o que ensejará a sua remuneração específica, através do pagamento de taxas ou tarifas. Portanto, os serviços públicos gerais, ou *uti universi*, como a segurança pública e a iluminação pública, os quais são remunerados pelo pagamento dos impostos em geral, estariam excluídos da tutela da lei consumerista, por lhes faltar o requisito da remuneração específica.⁷⁹

Outro ponto relevante da corrente extensiva mitigada é a compreensão da noção de mercado de consumo. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor trata de situações de vulnerabilidade ocorridas no âmbito do mercado de consumo, que compreende as atividades econômicas de produção e circulação de produtos e prestação de serviços. A compreensão de tal ambiente é critério para delimitação de quais serviços públicos estão sujeitos às regras do CDC. Logo, se determinado serviço público está sendo prestado fora do âmbito do mercado de consumo, não estará sob a égide da lei consumerista.⁸⁰

A quarta e última corrente, denomina-se corrente restritiva. Esta corrente, a exemplo da corrente mitigada, exclui do campo de incidência do CDC os serviços públicos prestados *uti universi*, pela ausência de remuneração específica. Contudo, tal

⁷⁸ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115-116.

⁷⁹ COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 21, São Paulo: RT, p. 97-104, jan./mar. 1997, p. 97/104.

⁸⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 102.

corrente vai mais além, excluindo também do campo de aplicação da lei protetiva os serviços remunerados através de taxas.⁸¹

Para aferição de quais serviços públicos são abrangidos pelo campo de incidência do código consumerista os adeptos da corrente restritiva diferenciam os conceitos de consumidor e contribuinte, tributo, taxa e tarifa. Utilizam-se da classificação dos serviços públicos em próprios e impróprios, correspondendo esta classificação a de serviços públicos *uti universi* e *uti singuli*, respectivamente. Conforme acima mencionado, excluem da aplicação do CDC os serviços públicos próprios ou *uti singuli*, tendo em vista serem estes custeados pelo recolhimento dos impostos em geral, não havendo mensuração individual entre o serviço público utilizado e o valor pago. Portanto, para esta corrente, tal relação de refere-se ao direito tributário, ou seja, relação entre contribuinte e administração, em prejuízo da ocorrência de relação de consumo.⁸²

Todavia, o ponto mais controvertido, e que, conforme já fora mencionado, diferencia o posicionamento desta corrente com a corrente extensiva mitigada é a não aplicação do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa. Para tanto, é necessário diferenciar os institutos da taxa e da tarifa ou preço público.

As tarifas ou preços públicos são a remuneração de um serviço público impróprio prestado em decorrência de uma relação contratual havida entre o poder público, ou concessionária de serviço público e o consumidor, no âmbito do mercado de consumo. Tal relação possui contornos de direito privado, bem como apresenta o caráter da voluntariedade, ou seja, o consumidor contrata o serviço se julgar que lhe é conveniente. Diante desses aspectos mencionados, seria possível vislumbrar a ocorrência da relação

⁸¹ MACEDO JÚNIOR, Ricardo Porto. A proteção dos usuários do serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 37, São Paulo: RT, 2001, p. 77-91, jan./mar. 2007, p. 80-81.

⁸² BONATTO, Cláudio; MORAES, DAL PAI, Paulo Valério. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118.

de consumo quando da prestação dos serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público.⁸³

Nos termos do artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, ensejará a cobrança de taxa o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Trata-se a taxa de imposição do poder público, não possuindo esta caráter de voluntariedade. Sendo determinado serviço público, nos moldes acima referenciados, posto a disposição do cidadão, cabe a este o pagamento da respectiva taxa, ainda que não necessite diretamente da sua prestação. Portanto, ante ao caráter impositivo o qual reside na prestação dos serviços públicos remunerados por taxa, restando caracterizada relação de tributação, estando presentes as figuras do Estado e do contribuinte, de acordo com a corrente restritiva, não caberia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos remunerados por taxa.⁸⁴

José Geraldo Brito Filomeno, compartilhando do mesmo entendimento, assevera que, a exemplo dos tributos em geral, as taxas estão abrangidas pelo campo das relações de natureza tributária, não caracterizando-se como consumidores os usuários dos serviços por elas remunerados. O doutrinador explica que

(...) os tributos, em geral, ou taxas e contribuições de melhoria, especificamente, que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária. Não se há confundir, por outro lado, referidos tributos com as tarifas, estas sim, inseridas no contexto dos serviços ou, mais particularmente, preço público, como remuneração paga pelo consumidor dos serviços públicos prestados diretamente pelo Poder Público, ou então mediante concessão ou permissão da iniciativa privada: por exemplo, os serviços de transportes coletivos, de telefonia, energia elétrica, gás, etc. O que se pretende deixar claro é que o contribuinte não se confunde como o consumidor, já que no primeiro caso o que subsiste é uma relação de direito tributário,

⁸³BONATTO, Cláudio; MORAES, DAL PAI, Paulo Valério. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113-116.

⁸⁴Ibidem, p. 114-117.

inserida a prestação de serviços em geral e universalmente considerada, dentro do desempenho de atividades precípuas do Estado, ou seja, tendente à busca do bem-comum.⁸⁵

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado em consonância com o entendimento da corrente restritiva. A Ministra Eliana Calmon, ora relatora, ao proferir voto no julgamento do, filiou-se de forma expressa à esta corrente doutrinária, conforme depreende-se da leitura do texto abaixo transcrito:

Assim, não se há confundir taxa com tarifa ou preço público, como aliás advertido está na Súmula 545/STF. Se o serviço público é remunerado por taxa, não podem as partes cessar a prestação ou a contraprestação por conta própria, característica só pertinente às relações contratuais, na esfera do Direito Civil. Verifica-se, portanto, que, a partir do sistema de remuneração, é que se define a natureza jurídica da relação do serviço público prestado. Doutrinariamente, não há unidade. Uma corrente defende a aplicação do CDC somente aos serviços remunerados por tarifa, estando dentre os adeptos dessa corrente, Cláudio Bonolo e Paulo Valério Del Pai Moraes ("Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor", 4ª ed., Porto Alegre – Livraria do Advogado). Uma segunda corrente, menos ortodoxa, entende que o CDC é aplicável, indistintamente, a todos os serviços, remunerados por taxa ou tarifa. Dentre os adeptos estão Cláudia Lima Marques e Adalberto Pasqualotto. Filio-me à primeira corrente, para a qual só os serviços remunerados por tarifa podem ser regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão do direito de escolha do usuário, um dos direitos básicos para o reconhecimento da condição de consumidor (art. 6º do Código).⁸⁶

Em que pese o entendimento da Egrégia Corte Superior acima colacionado, os argumentos utilizados pela corrente restritiva não parecem ser os mais coerentes para solução da problemática da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. Da mesma forma, o entendimento da corrente extensiva também não soluciona de maneira satisfatória tal problemática.

⁸⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸⁶ STJ, Segunda Turma, Resp. 829.530 RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 01/06/2006, DJ de 28/06/2006.

Pela análise dos requisitos trazidos pela lei consumerista, bem como dos objetivos almejados quando da sua elaboração, é possível notar que a corrente extensiva mitigada possui argumentos mais coerentes e sólidos.

Conforme já fora observado no primeiro capítulo deste trabalho, pode-se afirmar que o legislador ao definir fornecedor, optou por uma conceituação ampla, com a intenção de abranger o maior número possível de situações de vulnerabilidade ocorridas no mercado de consumo, não tratando-se de rol taxativo as atividades previstas no artigo 3º do CDC. ⁸⁷Tanto o fez, que inclui até mesmo o Estado como possível fornecedor de serviços, à luz da lei protetiva.

Ocorre que, a teor do que fora tratado nos capítulos anteriores, embora tenha o legislador almejado esta ampla abrangência, pode-se inferir da leitura dos dispositivos do código consumerista que este traz princípios e requisitos para sua aplicação, que de certa forma restringem seu campo de incidência.

O artigo 4º do CDC indica quais são os princípios que deverão ser observados quando da sua aplicação. Pode-se afirmar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é o princípio mais importante e principal razão da proteção jurídica trazida pelo diploma consumerista. É o motivo da existência do referido diploma legal. ⁸⁸

Tal vulnerabilidade para os efeitos do CDC, é vislumbrada, como acima afirmado, no âmbito do mercado de consumo. Nos termos do já fora anteriormente tratado, esse ambiente o qual compreende às atividades econômicas de produção e circulação de produtos e prestação de serviços, característico da sociedade capitalista contemporânea,

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

⁸⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 35.

notadamente em face do seu aspecto massificador, tem ensejado a ocorrência de situações de vulnerabilidade ao consumidor.⁸⁹

Ora, a corrente que defende a aplicação extensiva do código consumerista aos serviços públicos parece não ter vislumbrado que nem todos os serviços públicos são prestados no âmbito do mercado de consumo. Pode estar o Estado atuando na sua função precípua de Poder Público, na prestação dos serviços públicos próprios do estado, como segurança pública, defesa nacional, saúde, educação, entre outros.⁹⁰

Nesses casos, os serviços públicos prestados não são correlatos ao mercado de consumo, sendo que, conseqüentemente, não ocasionam situações de fragilidade ao consumidor. Então, não se tratando de situação de vulnerabilidade ocorrida no seio do mercado de consumo, não existe razão jurídica para a incidência do Código de Defesa do Consumidor.⁹¹

Quanto à corrente restritiva, primeiramente, cabe observar que, conforme fora explanado no segundo capítulo desta pesquisa, a utilização das classificações de serviços públicos para aferição do campo de incidência do CDC não demonstra-se satisfatória, tem em vista sua equivocidade.⁹²

Outrossim, no que tange a remuneração dos serviços públicos, a diferenciação entre taxa e tarifa como critério para aplicação do CDC carece de coerência, pois tanto na jurisprudência como no ordenamento jurídico, a definição de tais institutos é

⁸⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 37.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesterio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 334-337.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 95.

⁹² BESSA, op. cit., p. 103.

confundida, ocorrendo que em algumas situações o que essencialmente seria tarifa é considerado taxa, bem como a recíproca.⁹³

⁹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p.103-104.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-FORNECEDOR

Restando superada a problemática do alcance da aplicação do CDC aos serviços públicos, surgem ainda algumas indagações.

Pelo que já foi abordado no decorrer deste trabalho, pode-se afirmar que, ocorrendo a prestação de serviços públicos no âmbito do mercado de consumo, é atraída a aplicação da lei protetiva do consumidor. Todavia, não sendo o caso de aplicação do CDC a determinado serviço público, tal serviço reger-se-á de acordo com as regras de Direito Público. Um ponto relevante deste regramento é o correlato à responsabilidade civil do Estado.

No caso dos serviços públicos alcançados pelo código consumerista é vislumbrada responsabilidade civil do fornecedor, com regramento específico atinente às relações de consumo, conforme disciplina tratada pela redação dos artigos 12 a 14, que abordam a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e dos artigos 18 a 20, que explanam a responsabilidade por vício do produto e do serviço.⁹⁴

Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a responsabilidade civil decorrente de fato de consumo prescinde da análise do elemento culpa, tratando-se, portanto, de responsabilidade objetiva.⁹⁵

A responsabilidade civil do Estado, por sua vez, é disciplinada no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilização do Estado pelos danos por ele causados. Da leitura do referido dispositivo legal constata-se que o elemento culpa, em sentido amplo, é levado em consideração apenas para efeito de eventual ação

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 460.

⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

regressiva contra o agente causador do dano. Portanto, a mencionada norma constitucional consagra a responsabilidade civil do Estado como objetiva.⁹⁶

Ora, constatando-se que tanto a responsabilidade civil do Estado quanto a do fornecedor consistem em modalidades de responsabilidade objetiva, é importante indagar qual seria a utilidade da aplicação do CDC aos serviços públicos, ou seja, em que aspectos a responsabilidade civil do fornecedor inova ou é mais favorável com relação à responsabilidade civil do Estado, a ponto de ensejar tão acalourados debates, conforme demonstrou-se no capítulo anterior.

Com escopo de responder a tal indagação, faz-se necessário a abordagem de alguns aspectos específicos relativos à responsabilidade civil de forma geral, bem como da responsabilidade civil do Estado e da responsabilidade civil nas relações de consumo, conforme se desenvolverá nos tópicos seguintes.

4.1 Da responsabilidade civil

O Código Civil, em seu artigo 927, estipula que caberá a quem causar dano a outrem, pelo cometimento de ato ilícito, a obrigação de indenizar. O referido dispositivo faz expressa menção aos artigos 186 e 187, do mesmo diploma, os quais indicam as situações em que são cometidos os atos ilícitos. Tratam-se tais regras de base legal fundamental para a disciplina da responsabilidade civil.⁹⁷

Com efeito, trata-se a responsabilidade civil de reação causada pela violação de dever preexistente, a qual nada mais é que a verdadeira fonte da responsabilidade.⁹⁸

⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

⁹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117-118.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho entende que “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”⁹⁹. Fazendo-se a análise do enunciado acima proposto pelo doutrinador, pode-se inferir que a responsabilidade civil consiste na obrigação adquirida por aquele que tenha causado dano a outrem pelo descumprimento de dever jurídico originário. Tal obrigação trata-se da obrigação de indenizar, a qual demonstra-se dever jurídico sucessivo, pois decorre da violação de uma obrigação originária. Portanto, configura-se o ato ilícito o fato gerador da responsabilidade civil. Somente em algumas situações excepcionais, previstas em lei, haverá responsabilidade por ato lícito, o que tecnicamente não configura responsabilidade civil, mas mera obrigação de indenizar por ato lícito.¹⁰⁰

O dever jurídico originário violado ensejador da responsabilidade civil poderá ser proveniente de uma relação jurídica contratual ou de uma preceito geral. Diante disto, a responsabilidade civil pode ser dividida, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou extracontratual, também denominada aquiliana. A violação de dever jurídico preexistente fundado em um contrato caracteriza-se pelo inadimplemento ou inexecução do contrato. Por outro lado, a infração da obrigação legal ensejará a responsabilidade civil extracontratual.¹⁰¹

Todavia, tal dicotomia tem sido superada, haja vista a responsabilidade civil extracontratual, bem como a contratual serem reguladas pelos mesmos princípios. Conforme já fora observado anteriormente, nas duas modalidades de responsabilidade civil deverá ocorrer a violação de dever jurídico originário, a qual consiste na ocorrência

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2-8.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 2-8.

¹⁰¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 134.

do ato ilícito, este que por sua vez ocasionará dano a outrem, a teor do que disciplina o artigo 186 do Código Civil. Não obstante, a responsabilidade civil contratual possui algumas características específicas que, embora não interfiram em sua essência, a diferenciam da responsabilidade extracontratual, quais sejam, a existência de uma relação jurídica previamente estabelecida fundada na autonomia da vontade, e o fato do ônus da prova quanto à culpa do inadimplemento do contrato caber à parte inadimplente, sendo, portanto, a culpa presumida nessa modalidade de responsabilidade civil.¹⁰²

Fazendo-se a análise da redação dos artigos 186 e 927 do Código Civil, é possível identificar os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta humana comissiva ou omissiva que viola dever jurídico, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade. Não obstante o artigo 186 do supracitado diploma legal faça menção expressa da culpa quando do regramento do ato ilícito, esta não caracteriza-se elemento ou pressuposto geral da responsabilidade civil, haja vista ser vislumbrada somente na responsabilidade civil subjetiva, posto que a responsabilidade civil objetiva prescinde da análise de tal elemento. Portanto, a culpa, embora seja fundamento essencial da responsabilidade civil subjetiva, no que refere-se à responsabilidade civil de um modo geral trata-se de elemento accidental, por faltar-lhe o aspecto da generalidade.¹⁰³

Ademais, cumpre anotar que a ilicitude possui duplo aspecto, podendo ser vislumbrada nas perspectivas subjetiva e objetiva. Na perspectiva objetiva da ilicitude, leva-se em consideração tão somente a conduta ou o fato em si mesmo, sua materialidade e exterioridade, verificando-se a sua desconformidade com a norma

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 266-268.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65-66.

jurídica. Consiste, então, no aspecto objetivo na constatação da contrariedade da conduta ou fato com o Direito, restando negados os valores e os fins da ordem jurídica. Por sua vez, o aspecto subjetivo da ilicitude implica na análise valorativa da conduta, a qual deverá decorrer da vontade do agente. Nessa perspectiva, além do comportamento objetivamente ilícito, deverá ser constatada a ocorrência de conduta culposa, no seu sentido amplo.¹⁰⁴

Da leitura do artigo 927 do Código Civil, pode-se constatar que a aludida norma leva em consideração o duplo aspecto da ilicitude, ao ponto que, no parágrafo único do referido dispositivo é feita expressa menção à possibilidade da obrigação de reparação do dano independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida implicar riscos. Portanto, diante desta constatação, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla a responsabilidade civil subjetiva, bem como a responsabilidade civil objetiva, as quais são espécies da responsabilidade civil extrancontratual, qual seja, a responsabilidade ensejada pela violação de dever jurídico originário decorrente de lei ou de dever jurídico geral de não causar dano a outrem.¹⁰⁵

Levando-se em conta o que fora acima abordado, a responsabilidade subjetiva agrega ao elemento formal da conduta violadora do dever jurídico o elemento subjetivo da culpa *lato sensu*, ou seja, conduta dolosa ou culposa no sentido estrito. Cabe anotar que, obviamente, a responsabilidade civil subjetiva também apresenta como pressuposto o elemento causal-material do dano e o respectivo nexa causal.¹⁰⁶

É importante lembrar que a responsabilidade civil subjetiva é contemplada pela teoria clássica, segundo a qual não havendo culpa, não haverá responsabilidade,

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9-10

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 11 e 266.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 17.

cabendo sempre à vítima provar a culpa do causador do dano, a fim de que possa fazer *jus* ao respectivo ressarcimento do prejuízo experimentado.¹⁰⁷

Entretanto, tal regramento quanto ao ônus da prova não se apresentou mais totalmente adequado no seio da sociedade massificada contemporânea, pois em algumas situações ocorridas, levando-se em consideração as circunstâncias específicas do dano causado, imputar à vítima o ônus da prova da culpa do causador do dano demonstrou-se barreira intransponível ao ressarcimento do prejuízo sofrido. Foi vislumbrada, portanto, a culpa presumida, a qual foi admitida em situações específicas previstas em lei, bem como começou a ser levada em consideração pela jurisprudência dos tribunais em casos em que as circunstâncias do evento danoso ensejavam a sua aplicação. Cabe ressaltar que, quando se presume a culpa do causador do dano, não se trata de responsabilidade objetiva, posto que não se prescinde da análise da culpa, sendo que o que ocorre é a mera inversão do ônus da prova, conseguindo-se efeito prático próximo ao da responsabilidade objetiva, todavia permanecendo ainda no campo da responsabilidade subjetiva.¹⁰⁸

Como evolução da teoria da culpa presumida, surge então a responsabilidade civil objetiva, a qual, conforme já fora anteriormente assinalado, prescinde da análise do elemento subjetivo, bastando para a sua caracterização que exista causalidade entre a conduta e o dano causado, sendo tal relação causal o que tão somente caberá a vítima do evento danoso demonstrar.¹⁰⁹

Com efeito, a responsabilidade civil objetiva tem como principal fundamento a teoria do risco. Tal teoria disciplina que a responsabilidade decorrerá do risco a que foi

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. IV. Responsabilidade Civil São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30 e 302.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16, 38-39.

¹⁰⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 31.

submetido a vítima ou o risco que o agente causador do dano assumiu em razão da atividade desenvolvida. Desloca-se, então, o foco de análise da culpa para o dano.¹¹⁰

Portanto, levando-se em consideração o princípio da equidade, demonstra-se razoável imputar responsabilidade objetiva ao causador de dano pelo exercício de atividade que implique risco a outrem, pois aquele que tira proveito de determinada atividade, também deverá caber-lhe o ônus do seu respectivo exercício. Surge a noção de obrigação de segurança.¹¹¹

O anteriormente mencionado artigo 927 do Código Civil, em seu parágrafo único, contempla as situações em que poderá ser vislumbrada a responsabilidade civil objetiva, quais sejam, nos casos especificados em lei, e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano implique em risco à outrem. Cabe ressaltar que, não obstante o Código Civil de 2002, bem como o Código de Defesa do Consumidor terem ampliado o número de situações que ensejam responsabilidade civil objetiva, esta não pode ainda ser vislumbrada como regra geral, haja vista possuir campo de aplicação restrito às hipóteses acima declinadas. Permanece, portanto, como regra geral a responsabilidade civil subjetiva.¹¹²

Observou-se no início deste tópico que são pressupostos gerais da responsabilidade civil a conduta humana voluntária comissiva ou omissiva que viola dever jurídico, o dano e o nexo de causalidade existente entre os dois primeiros pressupostos. Tais elementos deverão estar presentes a fim de que reste configurada a

¹¹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007, p. 161.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.4**: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

¹¹² *Ibidem*, p. 14.

responsabilidade objetiva bem como a responsabilidade subjetiva, sendo esta caracterizada pelo pressuposto da culpa e aquela fundamentada pela teoria do risco.¹¹³

Efetivamente, a conduta humana voluntária positiva ou negativa configura-se como pressuposto necessário da responsabilidade civil. Apresenta-se como núcleo fundamental deste pressuposto a voluntariedade da conduta, que se traduz na liberdade de escolha do agente quando da prática de seus atos, devendo este possuir o discernimento necessário tendo-se plena consciência daquilo que se faz. Todavia, tal consciência quando da prática dos atos não se confunde com o liame subjetivo caracterizador da culpa, mas trata-se tão somente da efetiva consciência da conduta realizada.¹¹⁴

Outro pressuposto da responsabilidade civil é a ocorrência do dano, o qual consiste na lesão de um interesse, ou seja, quando é causado um prejuízo a determinado sujeito. Pode o dano ser coletivo ou individual, moral ou material, sendo que este subdivide-se em dano emergente, quando ocorrer a imediata diminuição do patrimônio da vítima, e lucros cessantes, que se configura pelos lucros que a vítima deixou de aferir em consequência do ato danoso.¹¹⁵

Com efeito, configura-se o dano como pressuposto mais preponderante da responsabilidade civil. Não havendo dano, não há o que se falar em ressarcimento ou indenização, ainda que tenha sido praticada conduta culposa. Sendo o objetivo da indenização a reparação do prejuízo sofrido, reintegrando a vítima do evento danoso ao

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65-66.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 69-70.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.4: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39-46.

estado em que se encontrava anteriormente, a indenização sem a ocorrência de dano resultaria em enriquecimento sem causa.¹¹⁶

Constatada a prática de ato voluntário e a ocorrência de evento danoso, também apresenta-se como pressuposto necessário da responsabilidade civil a demonstração do nexo causal entre estes dois elementos. Deverá haver relação de causa e efeito entre o ato voluntário praticado e o dano experimentado pela vítima, ou seja, o primeiro deverá ocasionar a ocorrência do segundo. Não havendo tal relação, ausente então o dever de indenizar. Cabe anotar que o nexo de causalidade não se trata de conceito jurídico, mas decorre das leis da natureza.¹¹⁷

O nexo causal poderá ser afastado pelo caso fortuito e a força maior, bem como quando houver culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. Com relação a esta última hipótese, deverá ser demonstrado que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do terceiro, o que equivalerá à força maior, rompendo-se, portanto, o nexo de causalidade. Do contrário, não será afastada a responsabilidade, posto que cabível ação regressiva contra o terceiro causador do dano.¹¹⁸

O artigo 188 do Código Civil indica outras hipóteses que, não obstante a ocorrência do dano, afastam o dever de indenizar, quais sejam a legítima defesa, o exercício regular do direito, constantes do inciso I, e o estado de necessidade, referido no inciso II. Todavia, cumpre observar que as hipóteses acima elencadas não influenciam o nexo de causalidade, mas tratam-se apenas de excludentes de ilicitude, conforme depreende-se da leitura do *caput* do aludido artigo.¹¹⁹

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 70-71.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 45-46.

¹¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.4: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58-65 e 70-72.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 65-69.

Outrossim, além das hipóteses de afastamento da responsabilidade civil acima mencionadas, no campo da responsabilidade contratual a cláusula de não indenizar também a exclui a responsabilidade civil. Contudo, tal cláusula somente será admitida caso não viole princípios superiores de ordem pública, sendo também conhecida como cláusula de irresponsabilidade. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, tal cláusula teve sua ocorrência severamente mitigada.¹²⁰

4.2 Da responsabilidade civil do Estado

Na realização de suas atividades, ou seja, no exercício de suas funções e na prestação dos serviços públicos que lhe são impostos, o Estado poderá ocasionar aos administrados prejuízos das mais diversas formas. Visando o ressarcimento de tais prejuízos surge o tema da responsabilidade civil do Estado, assunto o qual passará a ser explanado.¹²¹

O referido tema apresenta diferentes tratativas, a depender da época e do local considerados. Podem ser identificadas duas formas de regramento quanto ao assunto. Nos ordenamentos jurídicos dos países de origem anglo-saxã são observados os princípios de direito privado, ao passo que no sistema europeu-continental segue-se ao regime publicista. Este último sistema mencionado é o que exerce maior influência sobre o direito brasileiro.¹²²

No tocante a sua evolução no tempo, o tema da responsabilidade civil do Estado é compreendido pelas teorias da irresponsabilidade, civilistas e publicistas. A teoria da

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160-162.

¹²¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15-16.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 596.

irresponsabilidade era notadamente atrelada à noção de soberania característica dos estados absolutistas. Naquele contexto, entendia-se que o Estado exercia autoridade plena sob os súditos, a qual era consubstanciada em princípios como os de que “o rei não pode errar” e “aquilo que agrada o príncipe tem força de lei”, não cabia, portanto, atribuir qualquer responsabilidade ao Estado, pois caso contrário, iria restar desrespeitada a soberania deste, posto que seria colocado no mesmo nível dos súditos.¹²³

Com o advento do Estado de Direito, tal teoria demonstrou-se notadamente injusta, pois, vislumbrada a personalidade jurídica do Estado, constatou-se que este é titular de direitos e obrigações, sendo razoável a sua obrigação de indenizar decorrente de danos por ele causados. Adotou-se, portanto, princípios oriundos do Direito Civil fundados na idéia de culpa do agente público, passando-se a se falar então na teoria civilista da culpa.¹²⁴

Contudo, considerava-se que o Estado praticava dois tipos de atos, quais sejam, de império e de gestão. No exercício dos atos de império, atuava o Estado em sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, posto que, nessa qualidade, ainda que trouxesse danos aos súditos, tais atos não poderiam gerar direito a reparação. Somente no exercício dos atos de gestão, que tratavam-se dos atos praticados pelos prepostos ou representantes do Estado com o escopo de satisfazer as necessidades facultativas ou contingentes deste, não essenciais à sua existência, como por exemplo, as necessidades sociais, de bem-estar e cultura, entendia-se que o Estado equiparava-se ao particular, sendo possível o reconhecimento da sua responsabilidade civil.¹²⁵

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 597.

¹²⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.

Quanto à teorias publicistas, são compreendidas a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público e teoria da responsabilidade objetiva.¹²⁶ A teoria da culpa administrativa, advinda da doutrina francesa pela idéia da *de faute du service*, consiste no raciocínio de que não é necessária a existência de culpa individual identificada na prática dos atos de gestão. Caracteriza-se, portanto, em evolução da teoria civilista da culpa, vislumbrando-se a despersonalização da culpa, assumindo esta feição anônima ou impessoal, levando-se em consideração a falha da máquina administrativa.¹²⁷ Então, de acordo com tal teoria, ocorrerá a falta ou culpa do serviço quando este não funciona, funciona mal, ou funciona atrasado, e destas hipóteses, sendo ocasionado dano, restará configurada a responsabilidade civil do Estado.¹²⁸

Como última etapa da evolução da responsabilidade civil do Estado, foi consagrada a responsabilidade objetiva, que também está contida no âmbito das teorias publicistas. Conforme já fora tratado no tópico anterior, a responsabilidade objetiva prescinde da verificação do fator culpa, bastando para a sua configuração a simples demonstração da relação causal entre o ato do Estado e o dano ocorrido.¹²⁹

Com efeito, conforme já fora demonstrado, a responsabilidade civil objetiva fundamenta-se pela teoria do risco. No caso da responsabilidade civil objetiva do Estado, esta tem fundamentação específica na teoria do risco administrativo, o qual consiste na idéia de que o Estado deve arcar com os riscos naturais oriundos de suas variadas atividades. Ora, como a atividade exercida pelo Estado teoricamente beneficia

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 596.

¹²⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 221.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 489.

a toda coletividade, não poderá a vítima do dano arcar sozinho com o ônus da atividade estatal. Portanto, é vislumbrada a idéia de socialização do risco administrativo.¹³⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil objetiva do Estado é consagrada no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. Tal dispositivo prevê que “As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo e culpa”. O Código Civil de 2002 também caracteriza a responsabilidade civil do Estado como objetiva, a teor do que dispõe em seu artigo 43.¹³¹

Fazendo a análise da norma constitucional acima mencionada, podem ser vislumbradas duas relações jurídicas distintas, quais sejam, a relação jurídica entre o Estado e a vítima do dano, e a relação jurídica entre o Estado e o agente causador do dano. Na primeira situação, o fundamento jurídico reside na responsabilidade objetiva, ao passo que na segunda é embasado na responsabilidade subjetiva, significando que o Estado que indenizar o lesado somente poderá ser ressarcido pelo agente causador do dano se restar comprovada a conduta culposa deste.¹³²

A redação do dispositivo também aborda a questão da responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado delegatárias de serviços públicos, as quais deverão responder pelos danos causados pelo exercício de suas atividades pelo regramento da responsabilidade objetiva.¹³³

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 223.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 601.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 496.

¹³³ *Ibidem*, p. 492-494.

No entanto não foi tratado na referida norma se a responsabilidade civil do Estado por danos causados por pessoas jurídicas de direito privado constitui responsabilidade solidária ou subsidiária.¹³⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que havendo evento danoso decorrente de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público exercida pelo concessionário, e ocorrendo insolvência deste, será acarretada a responsabilidade subsidiária do poder concedente. Todavia, tratando-se de prejuízos gerados por comportamentos do concessionário alheios a prestação do serviço propriamente dita, o poder concedente não será responsabilizado subsidiariamente.¹³⁵

Já Yussef Said Cahali leciona que a responsabilidade do poder público é solidária quando for demonstrado que houve falha na escolha ou na fiscalização da concessionária de serviços públicos, devendo tal falha ter sido causa determinante do dano ocorrido. O eminente doutrinador explica que somente será configurada a responsabilidade subsidiária quando o dano for oriundo de conduta alheia à própria prestação do serviço, porém, não em função da insolvência do concessionário, mas em decorrência da omissão culposa na fiscalização do serviço por parte do poder público cedente.¹³⁶

Demonstra-se mais coerente o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois o fim almejado pela norma contida no § 6º do artigo 37 da CF/88 foi estender também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilidade objetiva do Estado, posto que, ainda que exerçam atividades provenientes da delegação estatal, possuem personalidade jurídica própria, atuando por conta e riscos próprios, devendo responder aos danos ocasionados pelas suas atividades

¹³⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119.

¹³⁵ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1979, p. 57-58.

¹³⁶ CAHALI, op. cit., p. 123-124.

em nome próprio e com patrimônio próprio, cabendo ao poder público responder somente em casos de insolvência do concessionário, todavia de forma subsidiária. Ademais, não havendo norma legal que atribua solidariedade entre o Estado e pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, não há que se falar em responsabilidade solidária, haja vista o instituto da solidariedade somente poder ser proveniente de norma legal ou contrato.¹³⁷

Cabe observar que as entidades da administração indireta que exerçam atividades econômicas de natureza privada não estão adstritas ao campo de aplicação da responsabilidade objetiva do Estado. Todavia, não há óbice para que tais entidades respondam objetivamente pelos danos causados pelas suas atividades quando, sendo o caso, a atividade desenvolvida configurar relação de consumo.¹³⁸

No que tange as causas excludentes de responsabilidade civil do Estado, reporta-se ao que foi abordado no tópico anterior, sendo importante mencionar que, se quando da ocorrência de dano for constatada a força maior ou ato de terceiro, e estes estiverem aliados à omissão do Estado na prestação de serviço, será ensejada a responsabilidade do Estado. Todavia, não se trata de responsabilidade objetiva, pois tendo o dano decorrido concomitantemente da força maior ou ato de terceiro e omissão na prestação do serviço, restará caracterizada a culpa administrativa, fundamentada na falta do serviço ou culpa do serviço, hipótese em que se vislumbra a responsabilidade subjetiva do Estado.¹³⁹

Efetivamente, não tendo o Estado agido, obviamente não poderá ser o autor do dano. Havendo a obrigação em obstar a ocorrência do dano, e apesar disso ele ocorrer, deverá o Estado ser responsabilizado, nos moldes propostos no parágrafo anterior.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 236-237.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 235.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 603.

Entretanto, o impedimento do evento danoso deverá ser procedido quando o for possível mediante atuação diligente. Portanto, inexistindo obrigação legal de impedir o evento danoso, inexistente a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva.¹⁴⁰

4.3 Responsabilidade Civil nas relações de Consumo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em decorrência da previsão constitucional contemplada no artigo 5º, inciso XXXII da Carta Magna, o qual dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, surgiu uma nova e abrangente área da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade civil nas relações de consumo.¹⁴¹

A matéria é abordada na lei consumerista sob duas modalidades, quais sejam, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, as quais são respectivamente tratadas nos artigos 12 a 14 e 18 a 20, do mencionado diploma.¹⁴²

A redação dos artigos 12 e 14 do CDC consagra a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, pois prevê expressamente que o fornecedor de produtos e de serviços responderá, independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de suas atividades de fornecimento. Muito embora o legislador não tenha repetido esta menção expressa nos dispositivos atinentes à responsabilidade por vício de produtos e serviços, a regra também se aplicará a esta modalidade de responsabilidade do fornecedor, tendo em vista o texto dos artigos 18 a

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 967.

¹⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

¹⁴² *Ibidem*, p. 467.

20 do referido diploma legal não se referirem em nenhum momento ao pressuposto da culpa, necessário para caracterização da responsabilidade subjetiva.¹⁴³

As únicas exceções à responsabilidade objetiva no CDC são contempladas no §4º do artigo 28, o qual disciplina que "as sociedades coligadas só responderão por culpa" e no § 6º do artigo 14, o qual prevê que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa," Porém, no último caso, a responsabilidade subjetiva aplica-se tão somente aos profissionais liberais, de forma pessoal, não se entendendo às pessoas jurídicas que eles entreguem ou prestem serviços.¹⁴⁴

A primeira modalidade de responsabilidade civil nas relações de consumo é ensejada por danos causados ao consumidor por produtos defeituosos. Esta noção de responsabilidade está diretamente ligada ao dever do fornecedor em proporcionar produtos e serviços seguros ao consumidor que não lhe causem dano à saúde ou ao patrimônio. Embora o diploma consumerista denomine esta modalidade como responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, a doutrina prefere fazer uso da expressão acidentes de consumo para qualificar o instituto, haja vista o entendimento de que a denominação refere-se melhor ao efeito humano consequencial presente neste tipo de responsabilidade.¹⁴⁵

Apresenta-se, portanto, como elemento caracterizador específico da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço a noção de defeito. A conceituação de produtos e serviços defeituosos é trazida, respectivamente, nos artigos 12, § 1º e 14, § 1º do CDC. Da leitura dos referidos dispositivos pode-se entender que produtos e

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 481.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 139.

¹⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 121.

serviços defeituosos são aqueles que não se apresentam legitimamente seguros, perante a sociedade de consumo.¹⁴⁶

Conjuntamente com a noção de defeito, conforme entendimento da doutrina nacional, caracterizam-se como pressupostos da responsabilidade por acidentes de consumo o dano e a relação de causalidade entre o defeito e o dano. No entanto, além dos pressupostos acima elencados, também faz-se necessário a ocorrência do nexo de imputação, que significa o estabelecimento de um vínculo entre a atividade do fornecedor e a ocorrência do defeito no produto ou no serviço, que embora, por tratar-se de responsabilidade objetiva, não seja decorrente do elemento culpa, é ocasionado pelo exercício de atividade que implica risco.¹⁴⁷

A imputação da responsabilidade é tratada no CDC, inicialmente, em seu artigo 3º, o qual inclui no conceito de fornecedor todos os participantes do ciclo de produção, e conforme redação do artigo 12 do diploma legal indentificam-se três modalidades de responsáveis, quais sejam, os responsáveis reais, que englobam o fabricante, o construtor e o produtor; o responsável presumido, o qual fica caracterizado pela figura do importador; e o responsável aparente, que se trata do comerciante.¹⁴⁸

Contudo, a teor do constante no artigo 12 da lei protetiva, tratando-se de responsabilidade pelo fato do produto, exclui-se em via principal o comerciante, tendo em vista, como fora afirmado, este tratar-se de responsável aparente, o qual não detém controle sobre a segurança ou qualidade dos produtos industrializados, fechados e embalados que distribui aos consumidores. Somente haverá a responsabilização do comerciante, e de forma subsidiária, quando não for possível a identificação dos responsáveis reais e presumidos, e quando não forem conservados adequadamente pelo

¹⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 122.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 118.

¹⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 122-124.

comerciante os produtos perecíveis. Quanto ao demais responsáveis da cadeia produtiva, sua responsabilidade é solidária, podendo o consumidor acioná-los individualmente ou conjuntamente para reparação do dano por ele experimentado.¹⁴⁹

Na responsabilidade pelo fato do serviço, a lei protetiva, nos termos do artigo 14, refere-se genericamente ao fornecedor, sem especificar os responsáveis, diversamente da tratativa contemplada no artigo 12, atinente a responsabilidade pelo fato do produto. Então, tendo ocorrido dano ocasionado por serviço defeituoso, respondem de forma solidária todos os participante da cadeia de produção¹⁵⁰

Quanto às excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo, também nos reportamos às regras gerais abordadas no primeiro tópico deste capítulo, relativas às causas de exclusão da responsabilidade objetiva.

Outrossim, o CDC elencou causas de exclusão de responsabilidade por acidentes de consumo, conforme redação dos artigos 12, § 3º e 14, § 3º, quais sejam, prova de inexistência de defeito de produto colocado e serviço prestado no mercado de consumo, e culpa exclusiva, ou mais tecnicamente correto, fato exclusivo do consumidor ou de terceiro. Com relação ao fato do produto também foi previsto como excludente de responsabilidade, conforme estatui o inciso I, do § 3º do artigo 12 do aludido diploma. Efetivamente, esta última hipótese apresenta-se supérflua, haja vista decorrer obviamente da ausência de nexo causal entre o prejuízo sofrido e a atividade exercida pelo fornecedor.¹⁵¹

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 466-467.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 468.

¹⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 129-130.

É importante lembrar que, conforme redação dos referidos dispositivos, caberá sempre ao fornecedor provar restarem demonstradas as mencionadas hipóteses de exclusão da responsabilidade. Ocorrerá, portanto, a inversão do ônus da prova.¹⁵²

Demonstra-se correta a postura adotada pelo legislador, haja vista a responsabilidade objetiva consagrada no CDC contemplar como um de seus objetivos a socialização dos riscos, que consiste na repartição dos danos entre toda a sociedade, tendo em vista que os benefícios do desenvolvimentos alcançam a todos, sendo possível ao setor produtivo se adequar a tal realidade, socializando os riscos através de mecanismos de preços ou seguros.¹⁵³

Também não poderá ser invocada como causa de exclusão da responsabilidade a cláusula de não indenizar, haja vista ter sido expressamente afastada pelo que estatui o disposto no artigo 25 do diploma protetivo, o qual veda de forma expressa que seja estipulado em contrato cláusula que ocasione a impossibilitação, exoneração ou atenuação da obrigação de indenizar por danos decorrentes de acidentes de consumo. Ademais, tais cláusulas são consideradas abusivas, a teor do que dispõe os termos do artigo 51 do aludido diploma.¹⁵⁴

Quanto à responsabilidade por vícios nos produtos e serviços, esta não se confunde com a responsabilidade por acidentes de consumo, posto que consiste no princípio de que devem ser oferecidos aos consumidores produtos e serviços adequados aos fins a que se destinam, o que se observa pelo seu bom funcionamento e pelo

¹⁵² BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 130.

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 476.

¹⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 340-343.

atendimento das legítimas expectativas do consumidor que adquire produtos e se utiliza de serviços no mercado de consumo.¹⁵⁵

Efetivamente, atribui-se ao fornecedor responsabilidade por vício do produto e do serviço pela ocorrência de anormalidades que afetem a sua funcionalidade, no que tange a sua qualidade e quantidade, fazendo com que fiquem impróprios e/ou inadequados ao consumo, ou ocasionando a diminuição de seu valor. Também caracteriza este tipo de responsabilidade as divergências entre o conteúdo do produto ou serviço com relação à indicações constantes de embalagens, rótulos ou publicidade.¹⁵⁶

A teor do que dispõe os artigos 18 e 19 do CDC, a responsabilidade por vício do produto é solidária, respondendo todos os agentes que se enquadrem no conceito de fornecedor de serviços, nos termos do artigo 3º. Não é feita nenhuma ressalva quanto ao comerciante, ao passo que este deverá responder em iguais condições dos demais integrantes da cadeia de produção no que se refere à responsabilidade por vício do produto.¹⁵⁷

Não obstante a lei consumerista não tenha repetido o mesmo regramento no dispositivo atinente à responsabilidade por vício do serviço, qual seja, artigo 20, também vislumbra-se tal responsabilidade como solidária, pela redação dos artigos 7º e 25, § 1º do CDC, tendo em vista tais dispositivos preverem a solidariedade quando o serviço tiver sido prestado por uma pluralidade de fornecedores.¹⁵⁸

Ao contrário da responsabilidade por acidentes de consumo, a responsabilidade por vício de produtos ou serviços não enseja a ampla reparação por danos sofridos pelo consumidor, assegurando apenas o ressarcimento do consumidor pelas alternativas

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 142.

¹⁵⁶ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98.

¹⁵⁷ BENJAMIN; BESSA; MARQUES, op. cit., p. 152-153.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 159-160.

previstas no § 1º e incisos, do artigo 18, com relação aos produtos, e no § 1º e incisos, do artigo 20, no que tange aos serviços, que, na hipótese de o vício no produto ou serviço não ser sanado no prazo máximo de trinta dias, prevêm de forma específica, respectivamente, “a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso” e “a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível”. Ambos os dispositivos elencam nos demais incisos como alternativas de ressarcimento “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos” e “o abatimento proporcional do preço”¹⁵⁹

É importante mencionar que, conforme disciplina o artigo 26 do CDC, o direito de reclamação deverá ser exercido pelo consumidor nos seguintes moldes: sendo o caso de fornecimento de produtos e serviços não duráveis, e o vício for aparente ou de fácil constatação, o prazo será de trinta dias; quando se tratar de duráveis, será considerado o prazo de noventa dias. Tais prazos tem como termo inicial a efetiva entrega dos produtos ou término da execução dos serviços, e não correm enquanto não for decidida a reclamação formulada perante o fornecedor, nem enquanto tramitar o inquérito civil. Tratando-se de vícios ocultos, o prazo inicia-se quando for evidenciado o defeito.¹⁶⁰

Por tratar-se de mais uma espécie de responsabilidade civil nas relações de consumo, também aplica-se à responsabilidade por vício do produto e do serviço os pressupostos da responsabilidade objetiva, sendo possível reportar novamente às respectivas causas gerais de exclusão da responsabilidade, para aferição das excludentes da responsabilidade por vício do produto e do serviço.

No entanto, há duas excludentes que configuram-se específicas da responsabilidade por vício do produto ou serviço. A primeira é a prova de que o vício

¹⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 463-465.

¹⁶⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

inexiste. Ora, não havendo vício a ser sanado não há que se falar em responsabilidade por vício, pois o produto ou serviço fornecido atende satisfatoriamente ao fim que se destina. A outra causa de exclusão específica da responsabilidade é o decurso dos prazos decadenciais de reclamação previstos no artigo 26 da lei consumerista. Portanto, não responderá o fornecedor, sanando o vício, se a reclamação for formulada fora dos prazos previstos.¹⁶¹

4.4 Relevância da discussão acerca da aplicação do CDC aos serviços públicos.

Após terem sido analisados os aspectos gerais da responsabilidade civil, notadamente os relativos à responsabilidade civil objetiva, bem como explanados os pontos mais relevantes da responsabilidade civil do Estado e da responsabilidade civil nas relações de consumo, é possível identificar alguns pontos que tornam relevante a discussão quanto à aplicação do CDC aos serviços públicos.

O primeiro ponto a ser destacado é o relativo à possibilidade de restar ocorrida a responsabilidade civil subjetiva do Estado.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado, conforme explicado no item 4.2, de regra é objetiva, a teor do que dispõe o artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Porém, nos termos do que já foi demonstrado, existirá a possibilidade de ser vislumbrada a responsabilidade subjetiva do Estado quando a omissão deste na prestação de serviço público aliada a força maior ou a ato de terceiro ocasionar dano. É a caracterização culpa administrativa, a qual demonstra-se pela ocorrência da culpa ou falta do serviço.¹⁶²

¹⁶¹ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 603.

Outrossim, os atos praticados pelas pessoas jurídicas da administração indireta que exerçam atividades econômicas de natureza privada não ensejam responsabilidade objetiva do Estado, o que, todavia, não impede a aplicação, sendo o caso, da responsabilidade objetiva baseada nas relações de consumo.¹⁶³

Com relação à responsabilidade civil nas relações consumo, fora mencionado que o CDC somente admite a responsabilidade subjetiva na apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais e da responsabilidade das empresas coligadas.¹⁶⁴

Efetivamente, o diploma protetivo adota como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor, a teor do disposto nos artigos 12, 14 e 18 e seguintes do diploma protetivo.¹⁶⁵

Outro ponto que torna relevante para a discussão da aplicação do CDC aos serviços públicos é o correlato à solidariedade dos responsáveis.

Conforme também demonstrou-se no item 4.2, a responsabilidade civil do Estado com relação aos danos decorrentes de atividades diretamente constitutivas de serviços públicos exercidas por empresa concessionária, sendo constatada a insolvência desta, será subsidiária. Quando os danos forem decorrentes de comportamentos do concessionário alheios a prestação do serviço, não responderá o Estado nem subsidiariamente.¹⁶⁶

Este regramento se dá pelo fato da concessionária de serviços públicos possuir personalidade jurídica própria, exercendo suas atividades por conta e riscos próprios, devendo responder pelos danos resultantes do exercício da prestação dos serviços públicos com patrimônio próprio, pois ao exercerem atividade com fins lucrativos,

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 235.

¹⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 139.

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 481.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1979, p. 57-58.

também lhe deverá ser conferido o ônus da respectiva atuação de cunho estatal. O Estado somente será chamado a ressarcir prejuízos, subsidiariamente, se restar caracterizada a insolvência da empresa concessionária de serviços público. Ademais, não havendo nenhuma previsão legal de responsabilidade solidária do Estado, esta não poderá restar configurada.¹⁶⁷

Já na responsabilidade civil nas relações de consumo a regra geral é a responsabilidade solidária de todos os que compõe a cadeia de fornecimento de produtos e serviços, conforme infere-se da leitura dos artigos 7º, § 1º, 12, 14 e 18, do CDC. A única exceção é a responsabilidade subsidiária do comerciante, que somente responderá, quando, no caso de produtos por ele fornecidos, não for possível a identificação dos demais integrantes do ciclo da cadeia de fornecimento, ou quando se tratar de produtos perecíveis sem a adequada conservação.¹⁶⁸

Pelos pontos acima destacados, verifica-se que a responsabilidade civil nas relações de consumo apresenta melhores mecanismos de ressarcimento do dano do que a responsabilidade civil do Estado, apesar desta ter evoluído de forma positiva ao longo do tempo.

Portanto, demonstra-se plenamente válida a discussão da aplicação do CDC aos serviços públicos, pois o referido diploma confere tratamento mais benéfico ao usuário dos serviços públicos, bem como às vítimas que experimentam danos destes decorrentes.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 236-237.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 466.

CONCLUSÃO

Da análise dos conceitos e teorias explanados ao longo desta pesquisa foi possível obter uma série de conclusões no que tange a questão da aplicação do CDC aos serviços públicos.

Com relação à questão do campo de aplicação do CDC, constatou-se que, embora a análise dos elementos constitutivos da relação de consumo seja importante para a compreensão do tema, tal abordagem não é suficiente para resolução de todos os problemas atinentes à aferição da incidência do diploma consumerista. Tal constatação é demonstrada pelo fato do CDC fazer equiparações de pessoas à consumidores, bem como, em alguns dispositivos, é dispensada maior atenção à atividade do mercado em si do que ao sujeito que a desenvolve. Nestas perspectivas pouco importa a análise dos elementos da relação de consumo, mas são especialmente considerados o aspecto da vulnerabilidade e o fato da atividade em análise ser exercida no mercado de consumo.

No que tange à definição de serviço público, notou-se que, com o afastamento do Estado contemporâneo dos ideais liberais, a noção de serviço público sofreu alterações com relação aos seus elementos de definição subjetivo e formal, haja vista ter se passado a vislumbrar a possibilidade da delegação da execução de determinados serviços à iniciativa privada, e pelo fato da aceitação de que determinados serviços públicos sejam prestados sob regime jurídico não exclusivamente público. É o fenômeno denominado pela doutrina de “crise na noção de serviço público”

Outrossim, é perceptível pela leitura dos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §2º, da Constituição Federal que, no ordenamento jurídico pátrio, não é possível a distinção dos serviços públicos de outras atividades através de critérios

puramente objetivos, posto que é a lei que indica quais atividades que, pela sua relevância à coletividade, podem ser consideradas serviços públicos.

Com relação aos critérios utilizados para classificação dos serviços públicos, percebeu-se que não há unanimidade na doutrina. Pela análise das abordagens feitas por alguns dos principais doutrinadores especializados no assunto, notou-se que cada um utiliza-se de critérios diversos, os quais resultam em nomenclaturas diversas, que por vezes tratam do mesmo aspecto ser analisado. Portanto, levando-se em consideração a possibilidade de eventual equivocidade nas classificações existentes, não seria salutar valer-se das classificações de serviços públicos para aferição da incidência do CDC.

Quanto à aplicação do CDC aos serviços públicos, demonstrou-se ser importante a utilização do critério do diálogo das fontes com o escopo de alcançar a melhor harmonização dos regramentos trazidos pelo diploma protetivo com as demais leis atinentes ao assunto.

Da análise das diversas correntes doutrinárias que discutem o alcance da aplicação das normas consumeristas aos serviços públicos, apresentou-se com argumentos mais sólidos e coerentes a corrente extensiva mitigada. Tal corrente doutrinária entende que, para que determinado serviço público seja abrangido pelo campo de incidência do CDC, sua prestação deverá ocorrer no mercado de consumo de forma divisível e específica, o que ensejará remuneração específica pelo serviço. De acordo com esta corrente, os serviços públicos remunerados de forma geral pelos impostos carecem do requisito da remuneração específica. Efetivamente, os parâmetros adotados pela corrente extensiva mitigada guardam maior proximidade com a noção de vulnerabilidade no mercado de consumo, principal critério ensejador da aplicação das normas consumeristas.

E por fim, ao ser feita a análise dos aspectos específicos da responsabilidade civil nas relações de consumo e da responsabilidade civil do Estado, identificou-se duas características diferenciadoras dos dois institutos jurídicos, o que conferiu relevância prática à discussão da aplicação do CDC aos serviços públicos.

Constatou-se a possibilidade do Estado ser responsabilizado com base na teoria subjetiva, ou seja, com análise do elemento culpa, o que demonstrou-se possível nos casos de falta ou culpa do serviço. Em sentido contrário, a responsabilidade civil nas relações de consumo será sempre objetiva.

Ademais, foi constatado que a responsabilidade do Estado sempre será subsidiária em relação aos demais sujeitos da cadeia de fornecimento de serviços, não havendo a possibilidade de ser responsabilizado solidariamente, tendo em vista a falta de previsão legal, ao passo que a responsabilidade civil nas relações de consumo será de regra solidária.

Concluiu-se, portanto, que a discussão quanto à aplicação do CDC aos serviços públicos é relevante, haja vista as normas consumeristas apresentarem regramentos mais benéficos do que as normas de direito público, notadamente quanto à responsabilidade civil do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos**. 5. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU de 12/09/1990, suplemento.

BRASIL. Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 21, São Paulo: RT, p. 97-104, jan./mar. 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ricardo Porto. A proteção dos usuários do serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 37, São Paulo: RT, 2001, p. 77-91, jan./mar. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesterio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1979

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil, v. 4**. 10 Ed. São Paulo: Atlas, 2010.